

Extradição e Cidadania da União Europeia^{*} – Breve Comentário ao Acórdão *Pisciotti* (Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia [GS], de 10.04.2018, C-191/16, ECLI:EU:C:2018:222^{**})

Vânia Costa Ramos

Advogada.

Mestre em Ciências Jurídico-Criminais e doutoranda na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Investigadora não Integrada do Centro de Investigação em Direito Penal e Ciências Criminais

SUMÁRIO

Introdução

Os factos do caso

A decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia

Breve Comentário

Consequências para a ordem jurídica portuguesa

Conclusão

* Por opção da autora, o presente artigo não segue o acordo ortográfico. Para qualquer questão, a autora poderá ser contactada através do endereço vaniacostaramos@carlospintodeabreu.com.

** Acórdão do TJUE [GS] de 10.04.2018, C-191/16 (*Pisciotti*), ECLI:EU:C:2018:222.

Introdução

Como veremos, o Acórdão *Pisciotti* analisa a actuação dos Estados-Membros da União Europeia em matéria de cooperação judiciária internacional penal, em particular da extradição, à luz da cidadania europeia, do direito de livre circulação e do direito à não discriminação, destes retirando obrigações de direito constitucional europeu limitadoras daquela actuação.

O alcance e impacto desta jurisprudência, e os seus possíveis desenvolvimentos, merecem estudo e reflexão aprofundada. No presente contributo não a faremos¹. Pretendemos sobretudo dar nota do Acórdão comentado e do conjunto de outras decisões recentes do Tribunal de Justiça da União Europeia nas quais o Acórdão se insere. O conteúdo desta jurisprudência é profundamente inovador, desde logo pela definição do âmbito de aplicação do direito da União, no sentido de abranger a matéria da extradição, como pela dimensão e implicações conferidas à titularidade da cidadania da União. O objectivo é, assim, essencialmente, a divulgação desta jurisprudência e incentivo ao respectivo estudo.

1 Por este motivo, abstenho-nos também de indicar exaustivamente referências bibliográficas. Para quem deseje aprofundar os temas aqui tratados, recomendamos a leitura dos seguintes contributos como ponto de partida: Costa, Miguel João (2019), Os limites à extradição e para fora da União Europeia Petruhhin e Schotthöfer & Steiner, RPCC 2/2019, pp. 345-387. Coutts, Stephen (2019) From Union citizens to national subjects: *Pisciotti*, *Common Market Law Review*, n.º 56, pp. 521-540; Costa, Miguel João (2017) The emerging EU extradition Law. Petruhhin and beyond, *New Journal of European Criminal Law*, n.º 2, pp. 192-215; Klip, Andre (2017), Europeans First!: Petruhhin, an Unexpected Revolution in Extradition Law, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, n.º 25, pp. 195-204.

2 Cf. Acórdão do TJUE [GS] de 10.04.2018, C-191-/16 (*Pisciotti*), ECLI:EU:C:2018:222, §§14-30; Conclusões do Advogado-Geral Bot, de 21.11.2017, C-191/16 (*Pisciotti*), ECLI:EU:C:2017:878, §§10-26, doravante referidas como Conclusões do AG Bot (*Pisciotti*). O TJUE seguiu quase integralmente as Conclusões. Sobre o papel das conclusões dos AG, cf. Direito, Sérgio Saraiva (2007) A figura do Advogado-Geral no Contencioso Comunitário, Coimbra: Almedina., pp. 237-249, considerando-as elementos integrantes da jurisprudência do TJUE, emitidos por um membro do próprio tribunal. As conclusões dos AG assumem relevância determinante, quer como parâmetro interpretativo da jurisprudência do TJUE, quer como instrumento sobre o qual se pode alicerçar o desenvolvimento de novas soluções, pois o AG actua com total liberdade, as suas opiniões são públicas e superam os limitados contornos da instância (aos quais o acórdão do TJUE está vinculado): “têm a potencialidade para explorar e propor construções jurídicas que transcendem o quadro da instância, fazendo apelo à jurisprudência constante do tribunal, aos princípios comuns aos Estados membros e às contribuições relevantes da doutrina” (p. 238). O autor refere que as conclusões podem ser encaradas como fonte suplementar de jurisprudência, quando o TJUE não se pronuncia sobre uma questão, e mesmo como tendo a autoridade de um julgamento, quando o acórdão adopta na integralidade a sua fundamentação. Finalmente, as conclusões podem funcionar como “votos de vencido”, quando os acórdãos não as seguem.

I. Os factos do caso e as questões prejudiciais colocadas²

Romano Pisciotti, cidadão italiano, era visado desde 2007 pelas autoridades norte-americanas por suspeitas de infracções penais no domínio da concorrência. Em 2010, as autoridades federais norte-americanas (*US District Court for the Southern District of Florida in Fort Lauderdale*) emitiram um mandado de detenção internacional contra *Pisciotti* com vista ao exercício da acção penal, na sequência de uma acusação por parte de um *grand jury*. Era acusado de integrar um grupo de trabalho de representantes comerciais de empresas que produziam mangueiras marinhas e que teriam, entre 1999 e o final de 2006, afectado a concorrência, no Estado da Florida (Estados Unidos) e em outros locais³.

Em Junho de 2013, foi detido na Alemanha, numa escala aeroportuária, provindo da Nigéria e em direcção a Itália. Formalizado o pedido de extradição, este viria a ser declarado admissível, por decisão de 22 de Janeiro de 2014 do *Oberlandesgericht Frankfurt am Main*. *Pisciotti* apresentou um pedido de medida cautelar junto do *Bundesverfassungsgericht*, para evitar a sua extradição, pedido que viria a ser indeferido, assim como um pedido posterior junto do *Bundesministerium für Justiz*, no qual alegava a violação do direito da União, por violação do princípio da não discriminação face aos nacionais alemães, na aplicação do art. 16.º, n.º 3, da *Grundgesetz*⁴, também indeferido. A extradição viria a ser executada em 3 de Abril de 2014.

Pisciotti manteve-se detido durante o processo de extradição e viria a declarar-se culpado nos EUA, sendo condenado numa pena de dois anos de prisão, deduzidos dos nove meses de detenção sofridos na Alemanha. Foi ainda condenado numa pena de multa de cinquenta mil dólares americanos. Foi libertado em 14 de Abril de 2015, após o cumprimento de pena.

Pisciotti intentaria então perante os Tribunais alemães, mais concretamente o *Landgericht Berlin*, uma acção de responsabilidade civil extra-contratual contra a República Federal da Alemanha, pedindo a fixação de uma indemnização

3 Para mais informações sobre o caso, cf. <https://www.justice.gov/atr/case/us-v-romano-pisciotti> (consulta em 27.10.2019). Foram também instaurados processos pela Comissão Europeia e no Reino Unido, neste caso contra outros envolvidos. Este terá sido o primeiro caso de extradição de um cidadão da UE para os EUA por crimes anti-concorrenciais – cf. Przerwa, Jan (2018) *The Pisciotti case: How can free movement rights impact EU citizen extradition to a third country?*, European Law Blog, <https://europeanlawblog.eu/2018/08/22/the-pisciotti-case-how-can-free-movement-rights-impact-eu-citizen-extradition-to-a-third-country/> (consulta em 27.10.2019).

4 “Nenhum alemão pode ser extraditado para o estrangeiro. A lei pode prever uma regra derogatória em caso de extradição para um Estado-Membro [...] ou para um tribunal internacional, desde que os princípios do Estado de Direito sejam garantidos.” – cf. Acórdão do TJUE [GS] de 10.04.2018, C-191/16 (*Pisciotti*), ECLI:EU:C:2018:222, §7.

por ter sido autorizada a extradição⁵. Nesta acção, cabia aos Tribunais alemães proceder a uma análise autónoma da legalidade da extradição. A este propósito, o *Landgericht Berlin* discordava da decisão do *Bundesverfassungsgerichtshof* quanto à inclusão da matéria da extradição no âmbito de aplicação do direito da União, parecendo-lhe que deveria concluir-se em sentido afirmativo, por força do exercício do direito de livre circulação por parte de *Pisciotti*, ao abrigo do art. 21.º, n.º 1, do TFUE (ao deslocar-se da Nigéria para Itália com escala em Frankfurt), bem como por força do Acordo de extradição entre EUA e UE⁶. Assim, decidiu reenviar a questão para apreciação do TJUE⁷.

As questões concretas eram quatro: i) saber se a extradição de um EM para um Estado terceiro era matéria subtraída ao âmbito de aplicação dos Tratados, não sendo aplicável o princípio da não discriminação do art. 18.º do TFUE, e se a resposta era diferente no caso de a extradição se basear no acordo entre UE e EUA; ii) sendo aplicáveis os Tratados, se o art. 18.º do TFUE deveria ser interpretado no sentido de que um EM viola injustificadamente o referido princípio se trata desigualmente os seus cidadãos e os de outros EM em pedidos de extradição de Estados terceiros, com base numa norma constitucional; iii) existindo violação, se esta pode ser considerada grave em caso de uma violação simples, ou se a violação tem de ser manifesta, tendo em conta que o processo de extradição está sujeito a fiscalização jurisdicional da respectiva legalidade, sendo a decisão dos tribunais vinculativa apenas em caso de declarar a inadmissibilidade; iv) não sendo exigível a verificação de uma violação manifesta, saber se pode concluir-se que existe violação grave num caso em que, inexistindo jurisprudência do TJUE sobre a questão, as autoridades executivas tenham seguido a jurisprudência anterior dos tribunais nacionais.

Como referiu o AG Bot nas suas Conclusões⁸, o pedido de decisão por reenvio prejudicial visava, essencialmente, que o TJUE decidisse se, em circunstâncias como as do caso em apreço, os arts. 18.º e 21.º do TFUE deveriam

5 Anteriormente, *Pisciotti* tentara lançar mão de uma acção de incumprimento, à qual não foi dado seguimento pela Comissão, e que viria dar origem ao Despacho do TJUE de 28.01.2015, C-411/14 P, ECLI:EU:C:2015:48, que decidiu confirmar a inadmissibilidade do respectivo recurso.

6 Acordo entre a União Europeia e os Estados Unidos da América sobre extradição, de 25.06.2003, publicado no JO L 181, de 19.07.2003, disponível em [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX:22003A0719\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX:22003A0719(01)) (consulta em 27.10.2019). O Acordo entrou em vigor em 01.02.2010 – cf. Informação relativa à entrada em vigor dos Acordos entre a União Europeia e os Estados Unidos da América sobre extradição e auxílio judiciário mútuo em matéria penal, JO L 323 de 10.12.2009, disponível em [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:22009X1210\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:22009X1210(01)) (consulta em 27.10.2019).

7 De notar que neste caso, uma vez que *Pisciotti* não estava detido na Alemanha, o reenvio seguiu a tramitação normal e não a urgente.

8 Conclusões do AG Bot (*Pisciotti*), §2. Para uma síntese das Conclusões, cf. Coutts (2019), pp. 524-525.

ser interpretados no sentido de que se opunham à extradicação, de um EM para um Estado terceiro, de um cidadão nacional de outro EM que se tinha deslocado para o Estado requerido, no âmbito de um acordo de extradicação entre a União Europeia e este último Estado.

II. A decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia

No referente à primeira questão, o TJUE afirmou que o direito da União era aplicável, por duas ordens de razões. A primeira, por ser aplicável ao caso o Acordo de extradicação entre os EUA e a UE, pois o pedido de extradicação tinha sido feito após a respectiva entrada em vigor⁹. Por outro lado, porque, ainda que assim não fosse, uma situação como a que estava em apreço, de um cidadão da União, “nacional italiano, que, ao fazer escala na Alemanha durante a sua viagem de regresso da Nigéria, exerceu o seu direito de circular livremente na União, está abrangida pelo âmbito de aplicação dos Tratados, na ace[p]ção do artigo 18.º TFUE”, sendo irrelevante a circunstância de se encontrar meramente em trânsito, na aceção do já decidido pelo TJUE no Acórdão *Petruhhin*¹⁰.

O TJUE respondeu assim à primeira questão afirmando “que o direito da União deve ser interpretado no sentido de que, num caso como o do processo principal, em que um cidadão da União que foi objeto de um pedido de extradicação para os Estados Unidos foi detido, tendo em vista a eventual execução desse pedido, num Estado-Membro diferente daquele de que é nacional, a situação desse cidadão está abrangida pelo âmbito de aplicação desse direito, desde que o referido cidadão tenha exercido o seu direito de circular livremente na União e que o referido pedido de extradicação tenha sido efetuado no âmbito do Acordo UE-USA”¹¹.

A segunda questão foi então analisada pelo TJUE à luz do Acordo de extradicação UE-EUA, sublinhando o Tribunal que o texto daquele não regulava a questão do tratamento diferenciado entre cidadãos nacionais de um EM e de outros EM, nem previa motivos de recusa de extradicação, com exceção da aplicabilidade da pena de morte¹². Porém, o Acordo referia a possibilidade de os EM invocarem motivos de recusa de extradicação relacionados com matérias nele não reguladas¹³, nos termos de um Tratado bilateral com os EUA, e o Tratado

9 Acórdão do TJUE [GS] de 10.04.2018, C-191/16 (*Pisciotti*), ECLI:EU:C:2018:222, §32.

10 Acórdão do TJUE [GS] de 10.04.2018, C-191/16 (*Pisciotti*), ECLI:EU:C:2018:222, §§33-34; Acórdão do TJUE [GS] de 06.09.2016, C-182/15 (*Petruhhin*), EU:C:2016:630, §30.

11 Acórdão do TJUE [GS] de 10.04.2018, C-191/16 (*Pisciotti*), ECLI:EU:C:2018:222, §35.

12 Cf. art. 13.º

13 Cf. art. 17.º, n.º 1.

entre EUA e Alemanha previa como motivo de recusa precisamente a não extradição de nacionais¹⁴. O Acordo UE-EUA prevê ainda que no caso de existirem obstáculos constitucionais internos à extradição por parte do Estado requerido seriam realizadas consultas entre este e o Estado requerente¹⁵. Assim, o Acordo UE-EUA permitiria a um EM recusar a extradição com fundamento nas regras constitucionais ou do Tratado bilateral aplicável, no sentido de dar tratamento preferencial aos seus nacionais.

Mas o exercício deste poder teria de ser realizado em respeito do próprio direito constitucional da UE, ou seja, do direito primário e em particular das regras do TFUE em matéria de liberdade de circulação e de igualdade no tratamento dos cidadãos da UE, obrigando a que aplicação de uma causa de recusa daquela natureza tenha de respeitar os arts. 18.º e 21.º do TFUE.

O TJUE recordou então já ter declarado no Acórdão *Petruhhin* que as regras daquela natureza eram susceptíveis de afectar a liberdade de circulação no espaço da União, constituindo uma restrição desta. Essa restrição teria de ser fundada em considerações objectivas e ser proporcionada à finalidade legitimamente prosseguida.

O objectivo de evitar o risco de impunidade está inserido no domínio da prevenção e combate à criminalidade, objectivo legítimo no contexto do espaço de liberdade, segurança e justiça (ELSJ) sem fronteiras internas, mencionado no art. 3.º, n.º 2, TUE.

Porém, as medidas restritivas apenas poderiam ser justificadas por considerações objectivas se fossem necessárias à protecção dos interesses que visam garantir e se estes não pudessem ser alcançados por outras medidas menos restritivas.

In casu tinha sido alegado por *Pisciotti* que a Alemanha tinha jurisdição penal sobre um cidadão de outro EM caso recusasse a extradição, pelo que, sendo esta a opção menos restritiva, deveria ser a imposta, asserção que era refutada pelo Governo alemão¹⁶.

Porém, o TJUE considerou que apenas estava em apreciação como opção a entrega ao Estado italiano, ao invés da entrega ao Estado terceiro, e já não o exercício da acção penal pelas autoridades alemãs, como decidido no Acórdão *Petruhhin*, aqui igualmente aplicável, sendo irrelevante a existência de um Acordo UE-EUA no qual era regulada a questão da concorrência de pedidos de extradição e de mandado de detenção europeu (MDE).

14 Cf. art. 7.º, n.º 1.

15 Cf. art. 17.º, n.º 2.

16 A discussão tinha por base o §7, n.º 2, do Código Penal alemão.

Assim, como as autoridades italianas tinham sido informadas da situação de *Pisciotti* antes da execução do pedido de extradição, tendo-lhes sido dada oportunidade de pedirem a sua entrega em sede de execução de mandado de detenção europeu, o direito da União não se oporia à extradição de *Pisciotti*¹⁷.

Em conclusão, a Grande Secção do TJUE declarou que:

“1) O direito da União deve ser interpretado no sentido de que, num caso como o do processo principal, em que um cidadão da União que foi objeto de um pedido de extradição para os Estados Unidos da América foi detido, tendo em vista a eventual execução desse pedido, num Estado-Membro diferente daquele de que é nacional, a situação desse cidadão está abrangida pelo âmbito de aplicação desse direito, desde que o referido cidadão tenha exercido o seu direito de circular livremente na União Europeia e que o referido pedido de extradição tenha sido efetuado no âmbito do Acordo entre a União Europeia e os Estados Unidos da América sobre extradição, de 25 de junho de 2003.

2) Num caso como o do processo principal, em que um cidadão da União que foi objeto de um pedido de extradição para os Estados Unidos da América, no âmbito do Acordo entre a União Europeia e os Estados Unidos da América sobre extradição, de 25 de junho de 2003, foi detido num Estado-Membro diferente daquele de que é nacional, tendo em vista a eventual execução desse pedido, os artigos 18.º e 21.º TFUE devem ser interpretados no sentido de que não se opõem a que o Estado-Membro requerido estabeleça uma distinção, com fundamento numa norma de direito constitucional, entre os seus nacionais e os nacionais de outros Estados-Membros e autorize essa extradição, apesar de não permitir a extradição dos seus próprios nacionais, desde que tenha previamente dado às autoridades competentes do Estado-Membro de que é nacional esse cidadão a possibilidade de pedirem a sua entrega no âmbito de um mandado de detenção europeu e que este último Estado-Membro não tenha tomado medidas nesse sentido.”

III. Breve Comentário¹⁸

A primeira questão que se coloca, observando o presente Acórdão, é a seguinte: o direito da União é aplicável à extradição para Estados terceiros?

17 Acórdão do TJUE [GS] de 10.04.2018, C-191/16 (*Pisciotti*), ECLI:EU:C:2018:222, §§44-56; Acórdão do TJUE [GS] de 06.09.2016, C-182/15 (*Petruhhin*), EU:C:2016:630, §§32-50.

18 O caso *Pisciotti*, para lá da questão colocada ao TJUE, suscitava outros aspectos interessantes para a discussão, nomeadamente a questão da dupla incriminação, pois em geral as práticas anti-concorrenciais na UE são infrações administrativas. Porém, na Alemanha o *bid rigging* (fraude em leilões ou concursos públicos) constitui infração criminal, punida pelo §298 do Código Penal – cf. Vasconcelos, Bernardo (2018), *The Pisciotti Saga: A Duel in Karlsruhe as Finale?*, Verfassungsblog, <https://verfassungsblog.de/>

No Acórdão *Petruhhin*, que antecedeu a decisão aqui comentada, o TJUE determinara já que os Estados-Membros da UE que recusem a extradição para Estados terceiros em razão da nacionalidade têm de estender essa protecção aos nacionais de outros EM, por força dos arts. 18.º e 21.º do TFUE. De notar que, como sublinha Coutts (2019, pp. 531-533), apesar de o ponto de partida de análise ter sido a existência de uma situação discriminatória, nos termos do art. 18.º, do TFUE, a análise do TJUE é depois realizada nos termos aplicáveis à análise das restrições ao direito de livre circulação e não directamente ao abrigo da proibição de discriminação, aspecto verificado no Acórdão *Petruhhin*, onde a relação entre o art. 18.º e o 21.º na decisão é, para este autor, confusa, e, agora claramente, no Acórdão *Pisciotti*.

Já no Acórdão *Petruhhin*, o TJUE afirmara que a situação de um cidadão que usa “na sua qualidade de cidadão da União, do direito de circular livremente na União” está abrangida “pelo âmbito de aplicação dos Tratados, na ace[p]ção do artigo 18.º TFUE, que consagra o princípio da não discriminação em razão da nacionalidade”¹⁹.

Ou seja, se o TFUE confere o direito de livre circulação, e se um cidadão da UE o exerceu, este encontra-se no âmbito de aplicação do direito da União, em particular dos Tratados e do art. 21.º do TFUE. Tal aplica-se se um cidadão se deslocou de um EM *para outro* e aí foi detido com vista à extradição para um Estado terceiro.

A visão propugnada neste Acórdão apelava, ainda que não de forma *self-standing*, baseada directamente no art. 20.º do TFUE, à protecção dos cidadãos da União, em particular do seu direito à livre circulação, sem sofrerem discriminação em razão da nacionalidade.

Esta conclusão foi absolutamente inovadora. Inclusivamente, foi lida pela doutrina como uma implícita assumpção de uma função de protecção dos cidadãos da União face ao exercício do poder punitivo por Estados terceiros²⁰.

the-pisciotti-saga-a-duel-in-karlsruhe-as-finale/ (consulta em 27.10.2019). Przerwa, Jan (2018) *The Pisciotti case: How can free movement rights impact EU citizen extradition to a third country?*, European Law Blog, <https://europeanlawblog.eu/2018/08/22/the-pisciotti-case-how-can-free-movement-rights-impact-eu-citizen-extradition-to-a-third-country/> (consulta em 27.10.2019). Poderia ainda discutir-se se a falta de uniformidade quanto à criminalização da conduta é também apta a colocar em causa o direito à livre circulação – cf. Harding, Christopher (2018), *Cartel Fugitive, The Pisciotti saga: a tale of extradition and supposed deterrence*, <http://www.christopher-harding.info/cartel-fugitive> (consulta em 27.10.2019). Estes assuntos não serão, porém, objecto de comentário.

19 Acórdão do TJUE [GS] de 06.09.2016, C-182/15 (*Petruhhin*), EU:C:2016:630, §31, citações omitidas.

20 Defendendo esta natureza protectora, de tal modo que altera a própria natureza do MDE, tornando-o de um instrumento apenas repressivo num instrumento com função de protecção, cf. Costa (2017), p. 214; Coutts (2019), p. 523, referindo que do ponto de vista conceptual a decisão se fundou numa atenção aos direitos do indivíduo ligada ao estatuto de cidadão da União e um certo papel protector da ordem jurídica da União sobre os “seus” cidadãos, função que o autor considera ter saído enfraquecida no caso

Desta decorreria que, face a um pedido de extradição de Estados terceiros, os EM da UE devem em princípio cooperar entre si para que seja usada a solução menos restritiva do direito de livre circulação, permitindo manter o cidadão no espaço da União, ao invés de o extraditar para um Estado terceiro.

Apesar de tudo, a decisão do TJUE não resultou na criação de um obstáculo europeu à extradição para Estados terceiros, um obstáculo de “cidadania europeia” em sentido estrito, mas antes na alteração das implicações de um obstáculo à extradição de matriz nacional, cuja dimensão é modificada por força das implicações da cidadania europeia e dos direitos a esta associados consagrados nos Tratados, em particular o direito de livre circulação, e a protecção contra a discriminação (Costa, 2017, p. 198).

Por isso, Costa (2017, p. 198) refere que o caso *Petruhhin* não é um desenvolvimento da jurisprudência da cidadania da União propriamente dita, muito embora o contacto da liberdade de circulação e da proibição de discriminação, consagrados no direito da União, com o obstáculo à extradição de nacionais, consagrado no direito interno, produzam uma “reação química” que resulta numa “excepção de cidadania da UE”. Coutts (2019, pp. 538-539) salienta também que no *Petruhhin*, embora o TJUE tenha adoptado uma visão “supranacional” do estatuto do cidadão da União que começa a cristalizar-se em torno de um direito “ao lugar”, lugar esse que é o território da União, a verdade é que o TJUE não baseou a decisão no art. 20.º do TFUE e na doutrina *Zambrano*. Mas salienta também que decisões mais recentes sobre o art. 20.º do TFUE fizeram a ligação entre os direitos contidos no art. 21.º do TFUE e o estatuto garantido pelo art. 20.º. Além do mais, como veremos *infra*, no Acórdão *Raugevicus*, o TJUE faz expressamente apelo à jurisprudência da cidadania da União como estatuto fundamental dos nacionais dos EM²¹. Segundo o autor, no *Pisciotti* o TJUE evita de todo essas referências. Pelo contrário, coloca neste caso em relevo a dimensão de *Pisciotti* como cidadão italiano e a ligação dele nessa qualidade com a ordem jurídica italiana.

Outrossim, a aplicabilidade do direito da União implica ainda que, perante um pedido de extradição para um Estado terceiro, os EM estejam obrigados, como sucedeu no caso *Petruhhin*, a verificar se essa extradição é susceptível de violar os direitos fundamentais consagrados na Carta dos Direitos Fundamentais

Pisciotti que, na visão do autor, resultou não numa criação de um direito para os cidadãos de livre circulação e residência na União, mas num “direito para o Estado-Membro da nacionalidade de ser informado e de ser-lhe dado um direito de preferência relativamente à prossecução dos seus nacionais”, tendo por base ontológica constitucional a soberania dos EM e não os direitos dos indivíduos. Também Klip (2017), v.g. p. 201.

21 Acórdão do TJUE [GS] de 13.11.2018, C-247/17 (*Raugevicus*), ECLI:EU:C:2018:898, §43 e ss; Acórdão do TJUE de 20.09.2001, C-184/99 (*Grzelczyk*), EU:C:2001:458; Acórdão do TJUE [GS] de 08.03.2011, C-34/09 (*Ruiz Zambrano*), ECLI:EU:C:2011:124, §41.

da União Europeia (CDFUE), em particular no art. 19.º, no qual se determina que ninguém pode ser afastado, expulso ou extraditado para um Estado onde corra sério risco de ser sujeito a pena de morte, a tortura ou a outros tratos ou penas desumanos ou degradantes. Juízo esse que não pode bastar-se com a existência de “declarações e a aceitação de tratados internacionais que garantem, em princípio, o respeito dos direitos fundamentais”, nos casos em que “fontes fidedignas dão conta de práticas das autoridades — ou por estas toleradas — manifestamente contrárias aos princípios da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais”. Impondo antes que, perante “elementos que comprovem um risco real de trato desumano ou degradante das pessoas no Estado terceiro requerente” seja feita uma análise com base “em elementos objetivos, fiáveis, precisos e devidamente atualizados. Estes elementos podem resultar, designadamente, de decisões judiciais internacionais, como acórdãos do TEDH, de decisões judiciais do Estado terceiro requerente e de decisões, de relatórios e de outros documentos elaborados pelos órgãos do Conselho da Europa ou pertencentes ao sistema das Nações Unidas”²². Este aspecto não tinha, porém, sido posto em causa no caso *Pisciotti*.

No caso *Pisciotti*, a aplicabilidade do direito da União seria em princípio mais facilmente fundada, já que o pedido de extradição era abrangido pelo Acordo de Extradição entre a UE e os EUA, pois tinha sido apresentado após a sua entrada em vigor. Porém, essa inclusão no âmbito de aplicação do Acordo poderia também ter significado que o TJUE consideraria que a jurisprudência *Petruhhin* não seria aplicável *in casu*, sendo a situação antes dirimida no âmbito das opções legislativas constantes desse instrumento.

Não foi o que aconteceu²³.

No Acórdão *Pisciotti*, o TJUE confirmou que as obrigações estabelecidas em tal Acordo estão sujeitas ao crivo do direito primário da UE e, em particular, dos arts. 18.º e 21.º do TFUE, independentemente das normas daquele constantes sobre pedidos de extradição e de MDE concorrentes²⁴. Tal como decidido pelo Tribunal e sublinhado pelo AG Bot nas suas Conclusões, a circunstância de existir um Tratado entre a UE e os EUA não suprime a competência dos EM

22 Acórdão do TJUE [GS] de 06.09.2016, C-182/15 (*Petruhhin*), EU:C:2016:630, §§51-60, citações omitidas. Cremos que igualmente será aplicável, perante um pedido de extradição para Estado terceiro, a obrigação de não extraditar perante um risco de denegação flagrante de justiça (*flagrante denial of justice*) ou de violação da essência do direito ao processo equitativo (*breach of the essence of the right to a fair trial*) – cf., no contexto do Mandado de Detenção Europeu, Acórdão do TJUE [GS] de 25.07.2018, C-216/18 PPU (LM), ECLI:EU:C:2018:586, §78., a propósito da componente essencial do fair trial do direito à decisão por um Tribunal independente. Cf. também o Acórdão do TEDH de 17.01.2012, proc. n.º 8139/09 (*Othman (Abu Qatada) v. United Kingdom*), § 258 e ss.

23 Cf. Coutts (2019), p. 530, sublinhando este aspecto.

24 Acórdão do TJUE [GS] de 10.04.2018, C-191/16 (*Pisciotti*), ECLI:EU:C:2018:222, §§51-54.

em matéria de extradição, desde logo porque o próprio Tratado deixa em aberto várias questões, nomeadamente a da definição dos fundamentos de recusa nele não regulados²⁵. Porém, os EM têm de respeitar, no exercício das suas competências, o direito da União, em particular a proibição de discriminação em razão da nacionalidade do art. 18.º do TFUE. Ou seja, a discricionariedade permitida aos EM no âmbito das normas do Tratado tem de ser exercida em conformidade com o direito primário da União (no qual se inclui também a questão, não suscitada no caso, da verificação da conformidade da extradição com o art. 19.º da CDFUE ou outras disposições deste instrumento).

E, *in casu*, a aplicabilidade do direito da União decorria também do próprio art. 21.º do TFUE, já que aquele cidadão tinha, na sua qualidade de cidadão da União, exercido o seu direito de livre circulação, ao deslocar-se *através da* Alemanha. O TJUE rejeitou neste ponto os argumentos avançados de que, estando o cidadão apenas em trânsito, não seria aplicável o art. 21.º do TFUE.

E se esse cidadão nunca tivesse exercido o direito de livre circulação? Imaginemos, por exemplo, um cidadão nacional de um EM, mas nascido noutro EM e que dele nunca tenha saído. Cremos que, também nessa situação, estaríamos no âmbito de aplicação do direito da União. Existindo Tratado de extradição entre a UE e o Estado terceiro, essa conclusão decorreria da aplicabilidade do mesmo ao pedido. Inexistindo, sempre poderia dizer-se que a extradição para Estado terceiro, implicando a privação do direito de permanecer no espaço da União, sempre constituirá uma restrição do direito de livre circulação ou, no limite, da própria cidadania europeia²⁶. É interessante notar que no Acórdão *Raugevicus*, posterior ao caso *Pisciotti*, o TJUE cita precisamente a sua jurisprudência proferida nos casos *Zambrano* e *Grzelczyk*, fazendo referência ao direito de circular e *permanecer* no espaço da União e à circunstância de que “o estatuto de cidadão da União tende a ser o estatuto fundamental dos nacionais dos Estados-Membros”, como aqueles Acórdãos afirmaram²⁷.

25 Conclusões do AG Bot (*Pisciotti*), §34. Pelo contrário, como nota Klip (2017), p. 203, a questão que se pode colocar é saber a que título a União tem competência para celebrar Acordos de Extradicação com Estados terceiros, visto que não tem poder para extraditar. Curiosamente, o próprio Acordo UE-EUA não refere a respectiva base legal, como nota o autor.

26 Cf. em sentido semelhante, noutro contexto, Acórdão do TJUE [GS] de 08.03.2011, C-34/09 (*Ruiz Zambrano*), ECLI:EU:C:2011:124 (“O artigo 20.º do TFUE deve ser interpretado no sentido de que se opõe a que um Estado-Membro, por um lado, recuse a um nacional de um Estado terceiro, que tem a seu cargo os seus filhos de tenra idade, cidadãos da União, a permanência no Estado-Membro da residência destes últimos, cuja nacionalidade têm, e, por outro, recuse ao dito nacional de um Estado terceiro uma autorização de trabalho, na medida em que essas decisões venham a privar os referidos filhos do gozo efectivo do essencial dos direitos associados ao estatuto de cidadão da União.”). Peers, Steve (2016) Extradition to non-EU countries: the limits imposed by EU citizenship, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2016/09/extradition-to-non-eu-countries-limits.html> (consulta em 27.10.2019), defende esta posição; contra, Costa (2017), p. 197.

27 Acórdão do TJUE [GS] de 13.11.2018, C-247/17 (*Raugevicus*), ECLI:EU:C:2018:898, §43 e ss;

Além do mais, no Acórdão *Schotthöffer & Steiner*²⁸, que antecedeu a decisão em comentário, o TJUE decidira já que o mero cancelamento de uma conferência noutro EM por receio de aí ser detido e extraditado para um Estado terceiro é suficiente para colocar em causa o direito à livre circulação. O visado nesse caso era um nacional austríaco que pretendia deslocar-se à Alemanha para esse efeito, mas por recear poder ser extraditado para os Emirados Árabes Unidos, solicitou às autoridades alemãs um salvo conduto e, não tendo obtido resposta, cancelou a respectiva apresentação.

Assim, no caso *Pisciotti*, o direito da União era aplicável, por via do exercício da liberdade de circulação e da aplicabilidade de um Acordo UE-EUA. E a decisão de extraditar consistiria numa limitação ao direito de livre circulação. Assim, só poderá ser justificada caso seja proporcionada à prossecução de interesses legítimos.

A segunda questão que se coloca é então: considerando estarmos dentro do âmbito de aplicação do direito da União, e em particular do direito de livre circulação, as restrições operadas em matéria de extradição face a direitos conferidos pelo direito da União aos cidadãos da UE são legítimas?

No Acórdão *Petruhhin*, o TJUE decidira que as normas de direito da extradição aplicáveis nos EM que “introduzem uma diferença de tratamento consoante a pessoa em questão seja um nacional desse Estado ou um nacional de outro Estado-Membro, na medida em que levam a não conceder aos nacionais de outros Estados-Membros, como A. Petruhhin, a proteção contra a extradição de que gozam os nacionais desse Estado [...] são suscetíveis de afetar a liberdade de circulação dos primeiros na União”, traduzindo a desigualdade de tratamento uma restrição à liberdade de circulação para efeitos do art. 21.º do TFUE²⁹. Esta restrição só poderá ser considerada “justificada se se basear em considerações objetivas e se for proporcionada ao objetivo legitimamente prosseguido pelo direito nacional”³⁰.

Ou seja, o Tribunal analisou a restrição tendo em conta o direito de livre circulação e sujeitou-a a uma análise de proporcionalidade. Qual o resultado desta?

Já no caso *Petruhhin*, o TJUE considerara que o objectivo do instituto da extradição seria evitar o risco de impunidade, finalidade que seria legítima face

Acórdão do TJUE de 20.09.2001, C-184/99 (*Grzelczyk*), EU:C:2001:458; Acórdão do TJUE [GS] de 08.03.2011, C-34/09 (*Ruiz Zambrano*), ECLI:EU:C:2011:124, §41.

28 Despacho do TJUE de 06.07.2017, C-473/15 (*Schotthöfer & Steiner*), ECLI:EU:C:2017:633. Sobre esta decisão, cf. Costa (2019), Os limites à extradição e para fora da União Europeia Petruhhin e Schotthöfer & Steiner, RPCC 2/2019, pp. 367 e ss.

29 Acórdão do TJUE [GS] de 06.09.2016, C-182/15 (*Petruhhin*), EU:C:2016:630, §§32-33.

30 Acórdão do TJUE [GS] de 06.09.2016, C-182/15 (*Petruhhin*), EU:C:2016:630, §34.

ao direito da União³¹. Seria também adequado, porque no caso concreto se destinava a entregar a pessoa ao Estado em cujo território a infracção teria sido cometida³². Porém, esta restrição não seria proporcionada na medida em que esse objectivo poderia ser alcançado por medidas menos restritivas que ao mesmo tempo salvaguardassem o direito do interessado de livre circulação e residência na UE, bem como o objectivo de luta contra a impunidade.

Que medidas alternativas seriam essas?

Tendo em conta a existência do Acordo de Extradição, o TJUE iniciou por verificar se o mesmo regulava a questão em apreço, tendo concluído que o mesmo apenas regulava a recusa de extradição no caso de aplicação da pena de morte, deixando aos EM a possibilidade de estabelecerem outros motivos de recusa referentes a matérias não reguladas, por exemplo nos Tratados bilaterais celebrados, ou nos termos das suas disposições constitucionais. Assim, a recusa de extradição constante da Constituição alemã, com base na nacionalidade desse Estado, era permitida ao abrigo do Tratado.

Desta forma, o TJUE transpôs para o caso as conclusões do Acórdão *Petruhhin*, segundo o qual o Estado requerido teria de trocar informações com o EM da nacionalidade no sentido de dar-lhe a possibilidade de proceder criminalmente contra a pessoa por actos praticados fora do respectivo território. Como tal tinha sucedido, o direito da União não se oporia à extradição de *Pisciotti*.

Esta conclusão é problemática por várias ordens de razão.

Em primeiro lugar, de acordo com a informação constante do Acórdão e das Conclusões, *in casu* as autoridades alemãs não terão expressamente instado as autoridades italianas a exercerem o seu direito de exercício da acção penal contra o respectivo cidadão. O que sucedeu terá sido, meramente, a transmissão de informação às entidades consulares dentro do âmbito das respectivas competências, ou seja, da prestação de assistência aos cidadãos seus nacionais detidos no estrangeiro. Os consulados não são, regra geral, competentes para decidir sobre o exercício da acção penal, não devendo, em nossa opinião, considerar-se que a comunicação a um Consulado é suficiente para cumprir as exigências do Acórdão *Petruhhin*. Desde logo porque, segundo depreendemos, nessa comunicação não se referia a possibilidade de as autoridades italianas abrirem um processo. Isto a não ser que, num caso concreto, o Consulado respectivo tenha recebido esse concreto pedido e comunicado a informação relevante às entidades competentes para o exercício da acção penal, dando-lhes oportunidade de apreciarem a questão.

31 Acórdão do TJUE [GS] de 06.09.2016, C-182/15 (*Petruhhin*), EU:C:2016:630, §§36-37.

32 Acórdão do TJUE [GS] de 06.09.2016, C-182/15 (*Petruhhin*), EU:C:2016:630, §§39-40.

Em segundo lugar, parece-nos que a conclusão do TJUE se deveu sobretudo ao enquadramento do caso: os factos eram anteriores ao *Petruhhin* e estava em causa saber se as autoridades alemãs poderiam ser civilmente responsáveis por uma violação do direito da União. Ora, à data dos factos, o Estado alemão desconhecia essa obrigação, factor que talvez tenha influenciado a decisão. Mas teria então sido mais aconselhável decidir salientando a ausência de responsabilidade civil do Estado alemão com esse concreto fundamento.

Finalmente, a perspectiva do TJUE sobre as “medidas alternativas” menos restritivas é problemática, do ponto de vista da sua viabilidade prática, e redutora, do ponto de vista da exclusão da análise de outras alternativas menos restritivas do que a extradição para um Estado terceiro.

Por um lado, a solução “alternativa” do caso *Petruhhin* – encetar consultas com o EM da nacionalidade no sentido de este ter oportunidade de exercer a acção penal contra o seu nacional, emitindo um MDE – surgiu no contexto de um caso em que o EM requerido não tinha jurisdição para julgar um nacional de outro EM que não residia naquele Estado, como era o caso de *Petruhhin*. Ou seja, em que a não extradição não implicaria um cumprimento do princípio *aut dedere, aut judicare*³³. Assim, a “alternativa” seria, na análise do TJUE: i) o exercício da acção penal pelo Estado da nacionalidade; ii) a extradição; iii) a impunidade, por força da recusa da extradição. Aliás, a doutrina leu a decisão, segundo nos parece, como tendo “criado” uma obrigação de cooperação que permitiria uma solução menos restritiva do direito de liberdade de circulação do que a extradição, solução que o TJUE encontrou como “saída” por causa da inexistência de jurisdição por parte do Estado requerido.

Essa falta de jurisdição parece agora ter sido extrapolada como aplicável em todos os EM, o que não será o caso³⁴. Aliás, no caso *Pisciotti*, no qual, como nota Costa (2017, p. 212), a discriminação era evidente, pois um co-arguido alemão não fora extraditado, este argumentava precisamente que a Alemanha tinha jurisdição caso recusasse a extradição. O AG referira que caberia ao *Landgericht Berlin* decidir qual a interpretação do direito nacional, no sentido de existir ou não essa jurisdição. O TJUE simplesmente “ignorou” esse ponto, afirmando que a única alternativa que estava em causa era a estabelecida no Acórdão *Petruhhin*³⁵.

33 Sobre este, de uma perspectiva portuguesa, é essencial a leitura de Costa, Miguel João (2014) *Dedere aut judicare?: a decisão de extraditar ou julgar à luz do direito português, europeu e internacional*, Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

34 Sobre os critérios de jurisdição nos vários EM, cf. Costa (2017), pp. 200-202.

35 No mesmo sentido, cf. Coutts (2019), p. 532, criticando este aspecto da decisão mesmo quando visto apenas de uma perspectiva da análise de proporcionalidade das restrições à livre circulação.

Creemos que, num caso com estes contornos, ainda que não lhe coubesse, evidentemente, interpretar o direito nacional, poderia o TJUE ter pelo menos decidido se a obrigação estabelecida no Acórdão *Petruhhin* apenas se aplicava caso inexistisse jurisdição do Estado requerido, ou se, ainda que se aplicasse sempre, não pretendendo o Estado da nacionalidade exercer a acção penal, a possibilidade do exercício da jurisdição pelo Estado requerido precludiria a extradição, por constituir menor restrição ao direito de livre circulação³⁶. É de notar que, segundo Coutts (2019, pp. 527, 531-532), a análise da possibilidade do exercício de jurisdição pela Alemanha implicaria uma análise do exercício sob a perspectiva da não discriminação (art. 18.º do TFUE), o que o TJUE, apesar de se estar claramente numa situação de discriminação directa em razão da nacionalidade, evitou, ao afastar a análise da questão liminarmente.

Tendo afastado liminarmente a decisão sobre a questão, fica a dúvida sobre se o TJUE não a decidiu por não ter sido expressamente questionado; ou se por considerar que, face a um pedido de extradição de um Estado terceiro, apenas o exercício da acção penal pelo EM da nacionalidade pode ter prioridade. Esta última parece-nos contraditória com o próprio juízo emitido no caso *Petruhhin*, em que a “solução alternativa” criada pelo TJUE aparece como necessária para contrariar a impunidade existente por falta de jurisdição penal do Estado requerido. Ou será que o Tribunal no Acórdão *Petruhhin* considerou que a restrição da liberdade de circulação só existirá no sentido de, quando um cidadão se mova na UE, deixar de beneficiar da protecção que o seu próprio EM lhe conferia anteriormente, por via da recusa de extradição de nacionais, e por isso a “solução alternativa” preconizada seria um modo de permitir a esse EM da nacionalidade, emitindo um MDE, obter a custódia do seu nacional e usar a sua recusa de extradição, abrindo o seu próprio processo penal? Algo que excluiria o exercício de jurisdição por parte do Estado requerido, o que agora o TJUE viria a dizer expressamente no *Pisciotti*? Creemos que não. E que, em particular, não pode tirar-se uma conclusão deste tipo de uma clara omissão de pronunciamento do TJUE sobre a questão. Mas futuramente a mesma poderá – e deverá – ser colocada ao TJUE (e, a nosso ver, respondida no sentido de que, sendo menos restritiva a acção penal no EM requerido, deve ser essa a solução preferida à extradição para o Estado terceiro).

Vejamos que, em jurisprudência posterior ao caso *Pisciotti*, o TJUE decidiu que em caso de pedido de extradição para execução de pena, a solução avançada não é uma solução que implique dar oportunidade ao EM da nacionalidade de assumir o cumprimento da pena, mas antes a de obrigar o EM requerido

36 Coutts (2019), p. 533, em sentido idêntico, defendendo que teria sido uma solução mais *straight-forward* simplesmente recorrer ao dever de interpretação conforme e encorajar a Alemanha a exercer a sua jurisdição extraterritorial caso possível.

a assumir esse cumprimento (o que, evidentemente, pode resultar igualmente em impunidade, pois para esse EM executar uma pena de um Estado terceiro é preciso o acordo deste, o que poderá não verificar-se). Em concreto, no Acórdão *Raugevicus*, o TJUE decidiu que, no âmbito da extradição para execução de pena, os arts. 18.º e 21.º do TFUE impõem que, caso um EM proíba a extradição dos seus nacionais para execução de pena e preveja a possibilidade da execução da mesma no seu território, terá de tratar os nacionais de outro EM que residam permanentemente no seu território de igual modo³⁷.

Por outro lado, este caso trouxe também à luz os problemas da “solução” criada pelo TJUE no caso *Petruhhin*. Desde logo deve deixar-se plasmado que há quem questione se o TJUE tinha sequer poder para “determinar procedimentos”, ou seja, se tal determinação ainda estava incluída na competência para decidir sobre a validade e interpretação do direito UE (Klip, 2017, p. 198). Cremos, porém, à primeira vista, que o que o TJUE fez não foi mais do que retirar do direito da UE e em concreto do princípio da não discriminação e da obrigação de cooperação leal, uma obrigação de os Estados usarem mecanismos já existentes no respectivo direito, e que estão ao seu dispor (tais como a denúncia dos factos ao EM da nacionalidade, por exemplo ao abrigo do art. 6.º, n.º 1, §2, da Convenção Relativa ao Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal entre os Estados Membros da União Europeia³⁸, e do art. 21.º da Convenção Europeia de Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal³⁹). Ou seja, decidindo sobre a interpretação e aplicação conjugada dos vários instrumentos, à luz do princípio da proporcionalidade das restrições à livre circulação.

No entanto, o procedimento determinado é dificilmente praticável⁴⁰, i) porque regra geral o EM da nacionalidade poderá não ter jurisdição sobre a conduta extraterritorial dos seus cidadãos quando estes se encontrem noutro EM da UE e ainda ii) porque o EM da nacionalidade, quando é contactado pelo EM requerido na extradição, não terá em regra elementos suficientes que lhe permitam iniciar (e prosseguir) penalmente um processo contra o seu cidadão.

37 Acórdão do TJUE [GS] de 13.11.2018, C-247/17 (*Raugevicus*), ECLI:EU:C:2018:898. E se não for residente permanente, deverá questionar o EM da nacionalidade se pretende assumir o cumprimento da pena? A este propósito o TJUE apenas disse, no §48, “[s]e, pelo contrário, não se puder considerar que um cidadão como D. Raugevicus reside de modo permanente no Estado-Membro requerido, a questão da sua extradição é regulada com base no direito nacional ou no direito internacional aplicável”.

38 Disponível em http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/convencao_aux_judiciario_mutuo_mat_penal_entre_est_membros_ue.pdf (consulta em 27.10.2019).

39 Disponível em <http://www.ministeriopublico.pt/instrumento/convencao-europeia-de-auxilio-judiciario-mutuo-em-materia-penal-1> (consulta em 27.10.2019).

40 Como fizeram notar os EM que alegaram no processo – cf. Conclusões do AG Bot (*Pisciotti*), §51. Cf. também Coutts (2019), p. 536.

Para o primeiro problema, poderíamos discutir se pode retirar-se do direito da União uma obrigação de interpretar as normas internas que definem a jurisdição com base no princípio da nacionalidade activa – e que não raras vezes se encontram dependentes da recusa de extradição e da presença da pessoa procurada no território do EM da nacionalidade⁴¹, como englobando no conceito “território” o território da União, ou seja, o Espaço de Liberdade, de Segurança e de Justiça. A solução é discutida e proposta por Costa (2017, pp. 207-208).

Relativamente ao segundo problema, as dificuldades de operação do procedimento sugerido pelo TJUE resultam, em nosso ver, de uma contradição intrínseca entre a finalidade que o TJUE pretendia realizar e o mecanismo cuja utilização sugeriu.

Concretizemos: o TJUE pretendia que o EM requerido usasse da solução menos restritiva do direito do cidadão da União à livre circulação e, como não estava ao dispor daquele EM julgar o cidadão, sugeriu a denúncia ao EM da nacionalidade para que este pudesse actuar penalmente contra o seu cidadão e emitir um mandado de detenção europeu para procedimento penal, a fim de obter a entrega do seu cidadão, ao qual – consequência da decisão do TJUE – seria dada prioridade face ao pedido de extradição do Estado terceiro⁴².

Ora, a finalidade do MDE é inerentemente repressiva e implica um período de privação da liberdade. Assim, um EM da nacionalidade não tem base legal para emitir um MDE: i) sem ter acervo probatório que lhe permita formar uma convicção suficiente sobre o grau de suspeita da prática do crime pela pessoa em causa, bem como da existência de riscos que justifiquem a sua detenção preventiva; ii) um EM da nacionalidade não tem base legal para emitir um MDE com fins de “protecção”. Costa (2017, p. 214) salienta que o TJUE quis dar ao MDE uma função protectora, pelo que a decisão *Petruhhin* veio transformar a natureza do instrumento que deixou de ser meramente repressivo. Porém, como se viu no caso *Pisciotti*, essa função protectora, se não levada às últimas consequências, não é praticável⁴³. A decisão no caso *Pisciotti* levou inclusivamente Coutts (2019, p. 537) a considerar que o caso transformou os visados de cidadãos da União em “súbditos dos Estados”, no sentido de ter como

41 Cf. por exemplo o art. 5.º, n.º 1, al. b) ou e), do Código Penal.

42 Assim alterando as regras constantes do art. 16.º, n.º 3, da Decisão-Quadro 2002/584/JAI do Conselho, de 13 de junho de 2002, relativa ao mandado de detenção europeu e aos processos de entrega entre os Estados-Membros, na redacção dada pela Decisão-Quadro 2009/299/JAI do Conselho, de 26 de fevereiro de 2009 (DQ MDE). Ou seja, preconizando uma solução em que o direito secundário foi interpretado de forma a garantir a conformidade deste com o direito primário da União, derogando o art. 16.º, n.º 3, da DQ MDE, como refere Costa (2017), p. 203.

43 Coutts (2019), p. 536, refere inclusivamente que tendo em conta as considerações dos EM quanto às dificuldades jurídicas e práticas da implementação da solução “alternativa” do *Petruhhin*, talvez a obrigação estrita de dar passos concretos e tentar a acção penal no EM da nacionalidade nunca tenha sido realista.

base constitucional a soberania dos EM, manifestada num direito de preferência relativamente à acção penal contra os seus nacionais, face aos Estados terceiros, e não os direitos individuais. Poderá questionar-se: foi esta decisão que os transformou de cidadãos da UE em súbditos dos Estados, ou foi o TJUE que sempre os viu assim?

Creemos que nenhuma resposta é correcta, mas existe um problema intrínseco na jurisprudência *Petruhhin* do TJUE. O TJUE vê os nacionais dos EM como cidadãos da UE os quais, usufruindo dos seus direitos enquanto tal, estão na órbita da aplicação do direito da UE e gozam da protecção derivada do princípio da não discriminação. Esta implicaria então dar ao EM de nacionalidade, na visão do TJUE, a hipótese de prossecução penal do seu nacional. Ora, ao determinar que assim é, para ir até às últimas consequências, a nosso ver, o TJUE não necessitava de prescrever que o EM da nacionalidade deveria emitir um MDE para a entrega, mas antes que bastaria este EM indicar que pretendia exercer a acção penal e abrir o respectivo processo para que o cidadão não pudesse ser entregue ao Estado terceiro e, assim, pudesse regressar ao seu Estado da nacionalidade (para o que necessitaria de um “salvo conduto”, para não ser detido “pelo caminho”). A nosso ver, esta seria a solução coerente, tendo em conta a fundamentação do TJUE. Aliás, só esta situação colocaria os nacionais do EM requerido e os do EM da nacionalidade em posição de tendencial identidade material, pois, quanto aos primeiros, uma recusa de extradição pode implicar a abertura de um processo penal, mas não implica necessariamente a detenção preventiva no âmbito desse processo. A não adopção de tal solução levou a uma solução que é impraticável na maioria dos casos.

Como refere Klip (2017, p. 201), a propósito do caso *Petruhhin*, a posição adoptada pelo TJUE nesta decisão enfraquece a noção de cidadania da UE e fortalece a de nacionalidade. Desse modo, na perspectiva do autor, teria sido mais consequente interpretar os Tratados noutro sentido, defendendo que deles resultaria que todos os EM devem proteger todos os cidadãos da UE dentro do ELSJ, o que reduziria a importância de ter uma nacionalidade específica da UE. Concordamos com o autor.

As questões deixadas em aberto pela jurisprudência *Petruhhin* e decisões que a aprofundam e concretizam, nas quais se inclui o Acórdão *Pisciotti*, quanto ao desenvolvimento do direito da extradição da União – novo “ramo”, ou, como diz Costa (2017, p. 203), talvez “galho”, do direito penal da União – são muitas mais. Não cabe aqui enunciá-las ou discuti-las, recomendando-se a leitura de Costa (2017) e Klip (2017), com uma enunciação e discussão ampla das possíveis questões.

Não podemos todavia deixar de salientar dois aspectos essenciais em aberto, não decididos na jurisprudência do TJUE até à data: i) quais são as

obrigações do EM da nacionalidade quando lhe é denunciada a existência do pedido de extradição do Estado terceiro?; ii) quais as consequências desta jurisprudência para outros obstáculos à extradição consagrados na lei nacional? Daremos de seguida, a propósito das consequências desta jurisprudência para a ordem jurídica portuguesa, a nossa opinião sobre as possíveis respostas a estas questões.

IV. Consequências para a ordem jurídica portuguesa

Observemos primeiro as consequências para Portugal na qualidade de EM requerido.

A primeira consequência da jurisprudência do TJUE lançada no caso *Petruhhin* é a de que qualquer Tribunal português que tenha de decidir um pedido de extradição de nacional de EM da UE para Estado terceiro tem de ter consciência de que está a actuar, não só enquanto tribunal nacional, mas também enquanto *tribunal da União*, aplicando o direito da União.

Assim, os Tribunais da Relação e o Supremo Tribunal de Justiça terão de aferir se se colocam, a propósito de um determinado pedido de extradição, problemas de direito da União para os quais têm de encontrar *solução*.

Desde logo, e olhando para o caso específico dos EUA, também apreciado no caso *Pisciotti*, teriam de aferir se, do ponto de vista do direito da União, é violada a proibição de extradição em caso de aplicabilidade da pena de morte, por via do art. 13.º do Acordo de Extradição UE-EUA; ou se essa extradição violaria o art. 19.º da CDFUE que proíbe a extradição em caso risco de tratamentos desumanos e degradantes no Estado requerido, entre outras (proibições de direito da União cujas exigências poderão ser diferentes da proibição constitucional interna correspondente).

Por outro lado, como é sabido, Portugal tem também uma proibição constitucional de extradição dos seus nacionais. Esta apenas admite excepções nos casos constitucionalmente previstos no art. 33.º, n.º 3, da CRP, o qual estabelece três requisitos para o efeito: i) reciprocidade estabelecida em Tratado⁴⁴; ii) ex-

44 Discordamos do entendimento vertido no Acórdão do TRL de 07.12.2016, proc. 483/16.7YRLSB. L1, e no Acórdão do STJ, de 07.09.2017, processo 483/16.7YRLSB.S1, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/-/13C2B3ACBA9A82A9802581BB004FAD6E> (consulta em 27.10.2019) que o confirmou. A reciprocidade tem de estar claramente estabelecida no Tratado, no sentido de este não permitir a recusa de extradição com fundamento na nacionalidade, de todo, ou num conjunto específico de casos no qual o caso em apreço se enquadre. Naquela decisão, não só se fez tábua rasa deste requisito, como se concluiu que estava verificada a reciprocidade com base numa alegada reciprocidade (que cremos não poderia ter sido oferecida) e que ademais se baseia num critério de discriminação dos nacionais consoante a forma de aquisição da nacionalidade que cremos não ser compatível com o nosso direito constitucional e ordinário em matéria de nacionalidade e não discriminação de nacionais.

tradição por criminalidade transnacional organizada e terrorismo; iii) garantia de não violação das garantias do processo equitativo no Estado requerente. Não estando preenchidos estes requisitos, e sendo aplicável a causa de recusa, os tribunais portugueses terão de proceder como determinado pela jurisprudência *Petruhhin*.

Como actuar então num caso de um pedido de extradição, por exemplo dos EUA? Entre Portugal e os EUA vigora a Convenção entre Portugal e os Estados Unidos da América sobre Extradição de Criminosos, de 1908⁴⁵, com as alterações produzidas pelo Acordo de Extradição UE-EUA, nos termos do Instrumento entre a República Portuguesa e os Estados Unidos da América, de 14 de Julho de 2005, conforme o n.º 2 do artigo 3.º daquele Acordo, com vigência a partir de 01.02.2010⁴⁶.

A Convenção bilateral de 1908 prevê no Artigo VIII que nenhum Estado será obrigado a entregar os seus cidadãos. Esta norma não foi alterada pelo Acordo UE-EUA, ou pelo Instrumento bilateral a que o mesmo se refere. Assim, tendo em conta as exigências constitucionais, desde logo a exigência de reciprocidade estabelecida em Tratado, os tribunais portugueses terão de notificar o EM da nacionalidade (imaginemos, Espanha) para que este informe se pretende exercer a acção penal contra um seu nacional cuja extradição tenha sido pedida pelos EUA, nos termos conjugados dos arts. 33.º, n.º 3, da CRP, do art. 31.º, n.º 1, al. a), da Lei 144/99, de 31.08, do art. 17.º do Acordo de Extradição UE-EUA, bem como dos arts. 18.º e 21.º do TFUE⁴⁷.

E se Espanha não pretender exercer a acção penal? Ou se disser que a pretende exercer, mas não está em condições de emitir (por enquanto) um MDE? Ou se disser que “já julgou” a pessoa em causa (e por isso não pretende novamente exercer a acção penal)?

45 Aprovada pela Carta de Lei de 18 de setembro de 1908; confirmada e ratificada pela Carta Régia de 21 de setembro de 1908, disponível em <http://www.ministeriopublico.pt/instrumento/convencao-entre-portugal-e-os-estados-unidos-da-america-sobre-extradicao-de-criminosos-0> (consulta em 27.10.2019).

46 Aprovado pela Resolução da Assembleia da República n.º 46/2007, de 10/09; ratificado pelo Decreto do Presidente da República n.º 96/2007, de 10/09; publicado no Diário da República I, n.º 174, de 10/09/2007. Disponível em <http://www.ministeriopublico.pt/instrumento/instrumento-entre-republica-portuguesa-e-os-estados-unidos-da-america-feito-em-2>. (consulta em 27.10.2019).

47 De notar que o art. VII da Convenção de 1908 foi substituído pela disposição correspondente do Acordo de Extradição UE-EUA (art. 10.º), nos termos do art. II do Instrumento bilateral de 2005, mas esta regulação está sujeita à jurisprudência *Petruhhin*, ou seja, não é aplicável por força das obrigações decorrentes do próprio direito constitucional da União, em caso de aplicação da recusa de extradição com base na nacionalidade. Também seria interessante notar que talvez o art. 18.º, n.º 1, parte final, da Lei 14/99, de 31.08, se aplicável num caso de extradição para Estado terceiro de nacional de outro EM da UE, tenha de ser aplicado no sentido de nele se ler “deva ou possa ser aberto procedimento da competência de uma autoridade judiciária portuguesa, ou do EM da nacionalidade do extraditando”, à luz da jurisprudência *Petruhhin*. E em bom rigor a primeira parte do art. 18.º, n.º 1, da Lei 144/99, de 31.08, tem abertura suficiente para nele se encaixar uma recusa de cooperação com base na jurisprudência *Petruhhin* quando tenha sido aberto o processo no EM da nacionalidade.

Se Espanha não pretender exercer a acção penal, os Tribunais portugueses deverão, em nossa opinião, aferir se Portugal tem jurisdição sobre o crime em causa, caso em que, tal como fariam para um nacional, deveriam recusar a extradição, sem prejuízo da abertura do processo penal em Portugal. Esta questão, todavia, não foi objecto de pronúncia expressa, pelo que cremos que o Tribunal português competente deveria – e, no caso do Supremo Tribunal de Justiça, a tal estaria obrigado – submeter a questão ao TJUE por meio de reenvio prejudicial, nos termos do disposto no art. 267.º do TFUE.

Afirmando Espanha que o cidadão já foi julgado, então caberia analisar se o julgamento em causa integra a previsão do art. 54.º da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen e, concluindo-se em sentido afirmativo, a extradição deveria, a nosso ver, ser recusada, sob pena de violação do art. 50.º da CDFUE (e, também, do artigo 29.º, n.º 5, da CRP, interpretado em conjugação com aquela disposição)⁴⁸.

De notar que o problema que se coloca a propósito da recusa de extradição com fundamento na nacionalidade pode colocar-se a propósito de outras causas de recusa previstas na lei interna: por exemplo, se Portugal pode negar a extradição com fundamento no art. 18.º, n.º 1, da Lei 144/99, de 31.08, relativamente a factos que sejam “objecto de processo pendente”, poderá questionar-se se não deve aí incluir também processo pendente pelos mesmos factos noutro EM da UE, independentemente da nacionalidade da pessoa visada, ou, pelo menos, estando em causa visado nacional de outro EM da UE, nos mesmos termos em que o faria para um seu nacional? Tudo questões até à data não dirimidas pelo TJUE e que, se suscitadas, deverão, em nossa opinião, ser objecto de reenvio prejudicial.

Uma última nota para referir a situação de Portugal como EM da nacionalidade numa “constelação *Petruhhin*”: está Portugal obrigado a “dar protecção” ao cidadão nacional português, por exemplo face a um pedido de extradição dos EUA em que Espanha seja o Estado requerido, seja por via da emissão do MDE, ou da abertura de uma investigação e do “salvo conduto”? Cremos que a resposta não pode deixar de ser afirmativa: se Portugal não poderia extraditar

48 Sobre o princípio na sua dimensão transfronteiriça, cf. Seça, Alberto Medina de (2009) A aplicação do princípio *ne bis in idem* na União Europeia (aspectos de um processo ainda não transitado), in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Manuel da Costa Andrade/ Maria João Antunes/ Susana Aires de Sousa (eds.), Vol. 1, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 935-1004; o nosso Ramos, Vânia Costa (2009) *Ne bis in idem e União Europeia*, Coimbra: Coimbra Editora. Mais amplamente, sobre o princípio em Portugal, cf. Leite, Inês Ferreira (2016) *Ne (Idem) Bis in Idem: proibição de dupla punição e de duplo julgamento: contributos para a racionalidade do poder punitivo público*, Lisboa: AAFDL; Monteiro, Henrique Salinas (2014) Os limites objectivos do Ne Bis In Idem e a estrutura acusatória no processo penal português (para a sua fixação a partir dos poderes de cognição da acusação enquanto acto que procede à delimitação originária do objecto do processo), Lisboa; Universidade Católica; Moutinho, José Lobo (2005) *Da unidade à pluralidade dos crimes no direito penal português*, Lisboa: Universidade Católica.

o seu nacional (e estamos perante um obstáculo absoluto e não facultativo à extradição!) também não pode abster-se de neste caso “protegê-lo”. Senão, o resultado seria o seguinte: um cidadão português que se encontre em Portugal não pode ser extraditado para o Estado terceiro; um cidadão espanhol que se encontre em Espanha não pode ser extraditado para o Estado terceiro; um cidadão português que se desloque para Espanha fazendo uso do direito conferido no art. 21.º do TFUE, pode ser extraditado para o Estado terceiro. Ou seja, o exercício do direito de livre circulação é restringido por força de uma discriminação em razão da nacionalidade, resultante da acção conjugada de Espanha e Portugal, EM que não extraditam os seus nacionais, mas que, actuando conjuntamente, poderiam extraditar os nacionais do outro EM, respectivamente. O que, a nosso ver, seria violador dos art. 18.º e 21.º do TFUE e, porventura, do próprio art. 20.º do TFUE.

Conclusão

Poucos domínios se encontram actualmente subtraídos ao âmbito de aplicação do direito da União. E, com a jurisprudência recenseada, o direito extradicional, na vertente da extradição para Estados terceiros, tornou-se mais um desses domínios.

Assim, é imprescindível para qualquer jurista que exerça na área o conhecimento do direito da União, direito que está em permanente evolução e que não se encontra ainda, nesta matéria, sistematicamente consolidado; bem como dos mecanismos processuais aplicáveis, nomeadamente o reenvio prejudicial previsto no art. 267.º do TFUE, devendo os actores forenses ponderar e decidir sobre as implicações do direito da União em casos de extradição. É também imprescindível que a Academia se debruce sobre os temas, e em particular a sua articulação com o direito interno, de forma a dar aos actores forenses os instrumentos e o respaldo necessário para adequadamente dirimirem estas novas questões, das quais, estamos em crer, ainda só vimos a *ponta do icebergue*.